

Ni «hito transformador» ni «timo del tocomoch»: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente?

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

A veces en las tardes una cara
nos mira desde el fondo de un espejo;
el arte debe ser como ese espejo
que nos revela nuestra propia cara.

Cuentan que Ulises, harto de prodigios,
lloró de amor al divisar su Ítaca
verde y humilde. El arte es esa Ítaca
de verde eternidad, no de prodigios.

También es como el río interminable
que pasa y queda y es cristal de un mismo
Heráclito inconstante, que es el mismo
y es otro, como el río interminable.

J. L. Borges (*Arte poética*)

1. Primera reforma laboral pactada socialmente desde 1996: ¿«fuero», «huevo» o Maquiavelo? El gran (no absoluto) valor que atesora una reforma laboral pactada, tras décadas de reformas unilaterales, impuestas desde un lado de las relaciones laborales al otro, a través de una decisión de coyuntura legislativa que opta por una de las razones en vez de buscar un verdadero equilibrio entre las de ambos lados, se desdibujó ante el órdago político-partidista con que ha sido recibida, amenazando su aprobación parlamentaria, al final lograda por un voto (y tintes de sainete). Ante la sorprendente intransigencia con que se afrontó la defensa, o el rechazo, del Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (cuyas deficiencias técnicas ya ha ameritado una [corrección de errores](#) de 15 aspectos –BOE de 19 de enero de 2022–), es difícil no acordarse del viejísimo tópico castellano relativo a la dialéctica entre el «huevo» o el «fuero». ¿Es por el huevo, por el fuero o ni por uno ni otro, solo por un prurito ideológico-político?

De origen, como casi todo lo que se pierde en la noche de los tiempos, incierto, suele atribuirse, en un contexto que asemeja algo al actual, a la inconmensurable capacidad satírica de don Francisco de Quevedo. Este en un panfleto de 1641, intitulado *La rebelión de Barcelona ni es por el güevo ni es por el fuero*, recelaba de esta manera respecto de las razones auténticas de la sublevación de Cataluña entre 1640-1652 (la icónica «guerra *dels Segadors*»). Por supuesto, afortunadamente desprovisto de connotaciones de guisa tan violenta, en siglos posteriores, hasta nuestros días, esta incógnita reemerge cada vez que una parte de la sociedad catalana (ahora también de la vasca) se moviliza (en sentido literal, ante la [manifestación de miles de personas en ambos territorios contra la reforma laboral](#)) en defensa de la mejora de sus derechos colectivos, ahora como pueblos laboriosos. ¿Estas demandas de una reforma laboral más garantista por parte de los partidos nacionalistas catalanes y vascos son «[por el huevo o por el fuero](#)», es decir, sobre ganancias de derechos laborales tangibles para el pueblo, y más para las personas trabajadoras en sus territorios, primando los convenios autonómicos sobre los estatales, o más bien sobre intangibles, más simbólicos e ideológicos que reales?

Responder a este interrogante no es misión mía, menos en un editorial que pretende ser más técnico-jurídico que político-social. Tan solo haré dos observaciones. La primera, que, cuando se pone en el centro el «huevo», se suele asumir el valor de la «norma transaccional», para renunciar, o desistir, parcialmente a las pretensiones de máximos y obtener otras razonablemente compensatorias de las concesiones hechas. En cambio, si prevalece el «fuero», el acento se pone en la reivindicación maximalista de lo que se tiene por un derecho propio e irrenunciable, primando una lógica de defensa numantina aun a riesgo de perderlo todo (abrogación del [RDL 32/2021](#) y continuidad de la regulación precedente que, paradójicamente, se considera lesiva de tales derechos propios).

La segunda quiere recordar que una defensa tan intransigente («no se toca ni una coma de la reforma laboral o se rompe el pacto») de sus legítimas posiciones parece anidar en todas las partes. Pero, al margen de la crítica que pueda suscitar una actitud tan poco pragmática y operativa, por tanto, frustrante, ha de recordarse que la lógica del veto a su tramitación parlamentaria con una plenitud de competencias carece, desde un plano estrictamente jurídico, de amparo constitucional. Y ello porque la soberanía nacional, que reside en el pueblo español ([art. 2 Constitución española](#) –CE–), se ha de ejercer a través de las leyes tramitadas, sin más condicionante que los previstos en el orden normativo constitucional, no en el orden (político) del diálogo social. En otro caso, el pluralismo que asumen partidos políticos ([art. 6](#)) sería desplazado por el sindicoempresarial ([art. 7](#)), imponiéndose el pacto social logrado afanosamente a la soberanía parlamentaria, pasando de la «ley socialmente negociada» a la «socialmente impuesta» («neocorporatismo societal»).

Honestamente, a mí este debate me parece en extremo «maquiavélico»: el loable fin (corregir los aspectos más lesivos de la reforma precedente y fomentar la transición hacia un modelo de regulación y gestión del trabajo basado en la indefinición, sobre la temporalidad, y la flexibilidad interna, sobre el despido) justificaría los medios (logrado el pacto,

las partes vetan el debate parlamentario bajo amenaza de romper aquel). Pero este tipo de planteamientos, además de disfuncionales, no tienen encaje constitucional, por más que se defiendan con tanto ardor y haya logrado pasar –por la mínima–.

2. Del maximalismo de la derogación íntegra (contrarreforma) al pactismo de la derogación de –casi todos– los aspectos más lesivos (corrección progresiva): retornar al equilibrio (distributivo y productivo) de la norma laboral, ¿«timo» o «hito histórico»? Al margen y más allá de esta polémica político-partidista, el enfoque transaccional al que responde, por su fuente (acuerdo típico de concertación sociolaboral –a tres bandas: Gobierno, sindicatos y patronal–) y contenido (reglas para conciliar el valor de estabilidad –derechos y garantías– con el de la flexibilidad –facultades de gestión empresarial desde la contratación al despido, que no se toca directamente–, pero primando la flexibilidad interna), también ha provocado dispares reacciones. Ello incluso en el seno mismo de algunas de las organizaciones que la han pactado (sobre todo CEOE y CEPYME), cuanto más desde diferentes planos externos al acuerdo. Disparidad –cómo no, radical– de criterios valorativos que encuentran diversos ecos mediáticos, donde vemos desfilar a diario, casi como si de un ritual procesional se tratara, adhesiones y rechazos y los más diversos comentarios, que razonan sobre las virtudes o los defectos de la reforma.

Para unos/as, poco o nada cambiará realmente con esta reforma legal tan parcial y aguada –en su lógica–, hasta el punto de calificarla (con evidente exageración –por tanto, yerra–) como el «**timo del tocomocho**». En efecto, se dice, lo genuinamente novedoso ya se estaba produciendo en la realidad laboral de nuestro tiempo. Bien por virtud de los convenios (por ejemplo, continuidad de la ultraactividad indefinida; primacía de los convenios de sector, con escaso desarrollo de los convenios de empresa, salvo en las empresas de multiservicios, si bien muchos anulados judicialmente), bien por continuados reveses de la norma formalmente vigente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y rectificaciones, a su luz, de la jurisprudencia nacional (por ejemplo, las actas de defunción de los contratos de obra asociados a contratas; la espada de Damocles sobre el «fijo de obra» en la construcción; e incluso el primado del convenio del sector en relaciones con multiservicios, o la célebre y polémica continuidad de las cláusulas de los convenios caducados, aun en forma de condiciones contractuales). Para otros/as, en cambio, lo genuino está en ser «hito histórico» (otro más –lo que devalúa esta expresión–), de modo que tal sería su halo transformador que nos hallaríamos ante la «**norma más importante de la legislatura**», tanto que no es posible su modificación legislativa, porque el sumo lo produce el pacto.

Para unos/as, poco o nada cambiará realmente con esta reforma legal tan parcial y aguada. Para otros/as, en cambio, lo genuino está en ser «hito histórico»

Entre una y otra posición (a mi juicio, ambas extremas, por tanto, no ajustadas a la realidad de esta reforma laboral, más mínima, parcial y deficitaria de lo que hoy reconocen

quienes la han defendido, pero no tan irrelevante como afirman quienes la rechazan) se hallará una amplia paleta de grises, en la que los juicios críticos terminan cediendo al pragmatismo: mejor una reforma pactada parcial y mínima que mantener lo actual (aunque con ella se hayan batido récords de empleo de los que presume ahora el Gobierno y enero presente la mayor cifra de contratos indefinidos de la serie, también para las personas jóvenes). Hay quien, con agudeza e inteligencia (loable su cita del verso «No le toques ya más, que así es la rosa», de Juan Ramón Jiménez), exagera tanto como para afirmar que solo «con [recobrar por ley la ultraactividad de los convenios ya justificaría una reforma](#)». Esta afirmación es tan irreal que sorprende que alguien tan experimentado pueda incurrir en tamaño error (aunque también la ministra del ramo lo solía utilizar para persuadir –sin éxito– a sus socios de legislatura de que dieran su voto a la reforma).

Por cierto, la elegante cita del poema de Juan Ramón Jiménez orilla, o desconoce, que el propio poeta, ofreciendo una interpretación auténtica de sus versos, explicó que esa afirmación solo tiene sentido «[después de haber tocado el poema hasta la rosa](#)». Con ello, el insigne autor de *Platero y yo* expresa su anhelo de «perfección viva», de refinamiento del verso sin forzarlo, sin la carga metafórica de la que tanto abominó, por ejemplo, Borges. Pero esta reforma dista de rozar la finura y perfección que insinúa la comparación poética, desmesurada para una reforma en que la técnica jurídica no es ningún anhelo, como prueba no solo la corrección de errores, sino los problemas para su aplicación que generan las dudas interpretativas de preceptos plagados de conceptos jurídicos indeterminados.

La doble modificación a través del [RDL 1/2022, de 18 de enero](#), norma de derecho bancario, para «aclarar» que el convenio de empresa tiene prioridad sobre la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que le atribuye el [artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) (el texto inicial refería a los «convenios colectivos» a secas), así como la [disposición adicional cuarta del RDL 32/2021](#), para depurar la nomenclatura realizada en ella a los fijos-discontinuos, tampoco ayuda a «amarla» técnicamente. Tampoco hay que sorprenderse ya, cuando una norma de revalorización de las pensiones (la mal llamada «paguilla» de pensionista) se incluye en el [RDL 30/2021, de 23 de diciembre](#), sobre las mascarillas en exteriores, argucia política para convalidarlo.

¿El fin –equilibrio estabilidad y flexibilidad– y el medio –el pacto– requieren dejar en un segundo lugar esta cuestión de personas «leguleyas»? Muchas personas creen que sí, lo que es respetable, yo tengo mis reservas.

En otra posición de defensa (ciertamente con un análisis muy sensato político-socialmente de la reforma por este doble valor (finalista y medial), incluso se llega a considerar que el mero hecho de [ser una reforma que persigue la estabilidad en la contratación ya es un hito que merece la pena apoyar](#), sin más. Pero ¿de verdad es la primera reforma que hace de la estabilidad su bandera?

[Pero ¿de verdad es la primera reforma que hace de la estabilidad su bandera?](#)

Me temo que un análisis completo y riguroso de las sucesivas reformas, desde la también pactada –ahora parece olvidada– de 1996, arroja otra realidad. Todas se han definido como las «definitivas» para acabar con la dualidad de nuestro mercado laboral y firmes defensoras de la contratación estable (incentivando los contratos indefinidos, penalizando los temporales). Piénsese en la [Ley 63/1997, de 26 de diciembre](#), de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (reforma impulsada por un Gobierno del PP con el consenso social), o en la [Ley 43/2006, de 29 de diciembre](#), para la mejora del crecimiento y del empleo (reforma impulsada por un Gobierno del PSOE, con previa negociación). El resultado, como es bien conocido, fue el contrario. ¿Esta sí será la (re)definitiva? Quizás, no lo sé, no lo creo... Veremos.

Lo que sí es cierto es que, de nuevo, adolecemos de demasiada ideología en los razonamientos, a mi juicio, se abusa de un desmesurado uso del «lenguaje emocional», en detrimento del «lenguaje de las razones de derecho» (plurales siempre), que son las que ayudarían más al mejor fin de toda reforma, su aplicación más efectiva posible para alcanzar las razones constitucionales y sociales que la animan: el equilibrio entre la razón productiva (facultades de flexibilidad) y distributiva (derechos y garantías) que siempre ha anidado en el origen y desarrollo de la norma laboral, lo que da sentido real al derecho del trabajo. En este escenario, y con estas convicciones, no es un análisis desde la política jurídica el que aquí me interesa, sino desde la técnica-jurídica, lo que en modo alguno significa que no haya juicios de valoración jurídica, por supuesto, inherentes a la interpretación jurídica, como expresa el Tribunal Constitucional cuando convalidó constitucionalmente la reforma que ahora se corrige tan parcialmente (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 8/2015, de 22 de enero). A partir de la exposición de los principales problemas interpretativos de las novedades de la reforma, aquí presentada de forma sintética, pues el análisis más detenido se ha hecho en sendos estudios de los profesores [Eduardo Rojo Torrecilla](#) y [Antonio Costa Reyes](#), de enorme interés, cada persona que tenga a bien leer este editorial podrá decidir con más conocimiento de causa cuál es su valoración, la mía importa menos, moviéndome el anhelo de ayudar a su mejor interpretación, en aras del interés común al que debe servir, para personas trabajadoras y para empresas, lo que redundará en la mejora del país.

3. ¿Nueva formulación de la clásica «regla de oro» de la contratación laboral?: un doblar de campanas por los contratos de obra o servicio determinado, albricias con nuevas ventanas de temporalidad. Junto a los nuevos instrumentos de favor hacia la gestión flexible (reforma de los expedientes temporales de regulación de empleo –ERTE– y Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo –sistema RED-FE–), el aspecto más relevante de la reforma laboral es el enésimo intento de plasmar, en la norma y en la práctica, la «regla de oro» de la contratación laboral en todo tiempo: a actividad permanente, contrato indefinido (o fijo), a actividad temporal, contratación de duración determinada. ¿Cómo se quiere plasmar ahora en términos técnico-jurídicos? No creo que merezca la pena detenerse mucho en la formalización de una clara preferencia por la relación de trabajo indefinida

(art. 15.1 ET), porque siempre ha sido la pauta o guía interpretativa para los tribunales, comunitarios (Sentencia del TJUE –STJUE– de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19) y nacionales (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 649/2021, de 28 de junio). En consecuencia, honestamente, poco o nada puede aportar seriamente como novedad, que no lo es, solo un cambio textual de refuerzo de la regla.

En cambio, es evidente que el intento de simplificación de las modalidades de contratación temporal estructural (persisten las formativas, aunque con reformas de cierto calado –más ideal que efectivo– en el art. 11 ET), pretendiendo pasar de 3 a 2, con la erradicación (no sin un plazo último de agonía y dilación de lo inevitable, que podrá alcanzar 9 meses –3 meses para la contratación bajo el viejo régimen y un máximo de 6 meses de duración para salir de esta embarazosa situación de liquidar la modalidad–) de los contratos por obra o servicio determinado tiene más enjundia. Tras el periodo transitorio (30 de marzo de 2022 –disps. trans. cuarta y final octava.2 RDL 32/2021¹–) no se podrán celebrar (tampoco los contratos fijos de obra en el sector de la construcción, que ahora mutan en indefinidos adscritos a obra) más, por lo que la contratación temporal pasará ahora por:

- a) Las diferentes modalidades (no hay una sola) del «contrato por circunstancias de la producción» (el precedente contrato «eventual» –se abomina de los nombres del pasado, por la leyenda negra que arrastran, aunque respondan a supuestos no solo análogos, sino incluso aún más eventuales que antes–).
- b) Las dos modalidades de «contrato de sustitución» (el contrato de interinidad de antes –que también pierde su denominación, utilizando, a modo de sinécdoque, el nombre de una modalidad como la denominación genérica–): «interinidad por sustitución» e «interinidad por vacante».

Pero evidenciando, una vez más, que la simplificación contractual se asemeja a una «misión imposible», más en una reforma pactada (quizás porque es inherente a una economía tan estacional, todavía, como la española), el nuevo contrato «eventual» (las cosas contractuales son lo que son, no lo que partes, e incluso la ley, quieran llamarlas) conoce

El intento de simplificación de las modalidades de contratación temporal estructural tiene más enjundia

Pero evidenciando, una vez más, que la simplificación contractual se asemeja a una «misión imposible», el cierre de puertas no conlleva el cegado de ventanas de temporalidad, más bien lo contrario

¹ Por cierto, dado este régimen transitorio y de diferimiento de la entrada en vigor de las normas sobre contratación temporal, sorprende mucho que el Gobierno impute el [crecimiento de la contratación indefinida en enero](#) (el 15 % de los contratos). En fin, «la magia de la política».

diversas submodalidades. Por tanto, el cierre de puertas no conlleva el cegado de ventanas de temporalidad, más bien lo contrario, con la problemática derivada por sus dificultades interpretativas. En efecto, ahora encontraremos ([art. 15.2 ET](#)):

- a.1) El contrato por circunstancia de la producción imprevisible (eventual ocasional e imprevisible). Su objeto, hacer frente a todo «incremento ocasional e imprevisible de la actividad² y las oscilaciones que, aun [...] normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere [...]» (naturalmente, si no constituye el objeto del contrato indefinido discontinuo [ex art. 16 ET](#)).
- a.2) El contrato por circunstancias de la producción previsible. La primera submodalidad (duración máxima de 6 meses, salvo que un convenio sectorial lo amplíe a 1 año) conoce dos grupos de supuestos (aumentos ocasionales e imprevisibles; oscilaciones de personal creadoras de desajustes temporales). No se pueden acumular más conceptos jurídicos indeterminados en tan corto texto.

Para complicar el laberinto interpretativo termina con una regla de suspense-advertencia, aun superflua técnicamente: prohibido confundirlo con el indefinido-fijo discontinuo, un error sale más caro ([art. 7.2 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–](#)). Como inquieta la norma que, en un escenario de simplificación contractual, abre nuevas ventanas de temporalidad, al no considerar *numerus clausus* las situaciones de «oscilación de personal» que integran esta modalidad y explicitando un supuesto que, sin embargo, el TS ([STS 983/2020, de 10 de noviembre](#)) ya había erradicado tras un largo tiempo de incertidumbre: «Entre las oscilaciones se entenderán incluidas las que derivan de las vacaciones anuales». Pero ¿acaso las vacaciones anuales son imprevisibles, si el [artículo 38 del ET](#) prevé cuándo y cómo determinarlas, y es un derecho irrenunciable? ¿No sería este un supuesto típico de contrato indefinido discontinuo? Es posible que la norma esté pensando en que debe tratarse de vacaciones anuales que creen de forma real, no de forma estimada o potencial solamente, un «desajuste temporal» entre la plantilla debida (la pensada por la ley) y la plantilla disponible (la real fijada por la empresa en cada uno de los momentos de gestión), con lo que la regla tendría más sentido, pero, sea así o no, lo cierto es que genera incertidumbre y desasosiego, porque reabre ventanas que el TS había cerrado justo para evitar usos indebidos de la temporalidad. Paradojas de las leyes «históricas» y «simbólicas», que cuando las conoces bien cuentan otra cosa de la vendida.

Ni que decir tiene que más inquietudes interpretativas genera la otra modalidad del contrato eventual, ahora ocasional y previsible: para situaciones ocasionales, aun previsibles, que tengan una «duración reducida y delimitada». En este caso, el contrato podrá tener una

² La inclusión del término «actividad» procede de la corrección de errores. A mi juicio estaba implícito en la norma, no creo que haya cambio relevante, a diferencia de lo que sugieren autorizadas voces.

duración máxima de 90 días al año natural (por tanto, de fecha a fecha), usados de forma «discontinua», al margen de las personas (contrato subjetivamente plural) «que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones» (situaciones que tendrán que estar identificadas en el contrato, debiendo, además, informar al inicio del año a la representación legal de estos contratos). Pues bien, aquí es incierto desde el objeto, fijado con un concepto jurídico indeterminado (duración reducida y delimitada), hasta el modo de cómputo de esos 90 días (¿a tiempo completo o a tiempo parcial?, ¿vale toda secuencia de tiempo –88 días de uso continuo, 2 discontinuo, por ejemplo–?, ¿también sirve para las oscilaciones previsibles?).

En suma, una vez más, lo que inicia como una regla de prohibición termina con una excepción que abre nuevas posibilidades de temporalidad. Una reforma que dice eliminar modalidades crea una «submodalidad» nueva con causa más laxa que incluso el precedente de obra, que deroga. Incluso podría resucitar el contrato de lanzamiento de nueva actividad (tiempo reducido en función del producto o actividad promovidos), si bien mucho más corto y que la negociación colectiva mantuvo difuso a través de los contratos de obra, pero el TS terminó por descartar, anulando tales cláusulas colectivas. ¿Otra rectificación parcial de la jurisprudencia precedente? No parece. En cualquier caso, aquí cabe exigir una cierta, o una suficiente, prudencia interpretativa, a fin de no reconducir por esta vía (típico contrato a término, sin delimitación causal especificada) una amplia gama de contratos temporales de causalidad temporal más que dudosa. El cierre de puertas de temporalidad no puede significar un agujereado del edificio con nuevas ventanas que banalicen la razón de ser principal de la reforma.

Poco novedoso es el rebautizado «contrato por sustitución» (antes interinidad). Desde luego ninguna novedad es que se prevea (b.1) para sustituir a una persona con reserva de puesto de trabajo (lo típico), aunque sí recoja

ahora una incorporación anterior a la sustitución, para preparación de actividad y con un límite de 15 días máximo (téngase en cuenta que es doctrina jurisprudencial la que sostiene que no solo no se necesita ya que se ocupe el mismo puesto que la persona sustituida, sino que se admite el ejercicio de la facultad de movilidad funcional, en aras de una mayor flexibilidad –[STS 1195/2021, de 1 de diciembre](#), para un caso muy concreto, dicho sea de paso–). Ni siquiera es tan novedoso, si se atiende a la norma reglamentaria vigente ([art. 5.2 b\) RD 2720/1998](#)), que se amplíe la modalidad de interinidad por sustitución para completar la jornada reducida de otra persona (b.2), siempre que no derive, lógicamente, de la inclusión en un ERTE ex [artículo 47 del ET](#). Si bien tampoco la prohibición es absoluta, admite excepciones ([letra d\) del art. 47.7 ET](#) –que se trate de actividades que no puedan realizar, por falta de capacitación, las personas ya empleadas–).

Poco novedoso es el rebautizado
«contrato por sustitución»

Tampoco presenta mayor novedad la modalidad de «interinidad por vacante» (o sustitución por vacante), esto es, la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso

selectivo o promocional para su cobertura definitiva con un contrato fijo (b.3), más allá de adquirir carta de naturaleza legal una modalidad antes reglamentaria ([art. 4.1 RD 2720/1998](#)). Sin especial reseña en el empleo privado (máximo de 3 meses –o periodo inferior previsto por convenio–), donde nos encontramos el problema será, como siempre, en el empleo público. En este ámbito, el [párrafo 3.º de la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021](#) conecta con la reciente –y polémica– [Ley 20/2021, de 28 de diciembre](#), de medidas urgentes para la –más pretendida que real– reducción de la temporalidad en el empleo público: la duración del contrato será «hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios [...] de igualdad, mérito y capacidad [[art. 11.3 Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–](#)] y en los términos establecidos en la [Ley 20/2021 \[...\]](#)». Plazo máximo que es el de 3 años del [artículo 70.1 del EBEP](#) (reitera la [STS 17/2022, de 11 de enero](#)).

4. Refuerzo de las garantías de efectividad de la regla de indefinición frente al (riesgo de) abuso: ¿fijeza es más que indefinición? Penalizaciones a la temporalidad. Para dar seriedad –con severidad– a este nuevo intento de hacer de la estabilidad una regla efectiva, sin que las excepciones en la práctica normalicen la temporalidad, el [artículo 15.4 del ET](#) establece una presunción *iuris et de iure* de adquisición, para todo incumplimiento de las normas de temporalidad (también para la inobservancia de la obligación de dar de alta, una vez transcurrido el plazo que pudiera fijarse para el periodo de prueba –la [STS 1246/2021, de 9 de diciembre](#), recuerda que el plazo debe fijarse explícitamente, no basta con remitir a la norma legal o colectiva–), de la condición de persona contratada fija³. Pero ¿fijeza es más que indefinición o es lo mismo? Aun aceptando que son sinónimos en el sector privado ¿levantando acta de defunción de la figura de las relaciones indefinidas no fijas en el empleo público?

Más aún. ¿La derogación de los apartados 1 y 2 de la [disposición adicional decimoquinta del ET](#) –final de la excepción a la prohibición de encadenamiento de contratos– va en esta línea? Entonces, si así fuese, ¿para qué sirve el nuevo [artículo 11.3 del EBEP](#) al que remite la [disposición adicional cuarta del RDL 32/2021](#)? Tales expresiones descuidadas alimentan la devaluación de la calidad técnica, pero sería irrazonable una interpretación tan maximalista como la que pudiera entender prohibido a futuro el declarar relaciones indefinidas no fijas por el abuso de la temporalidad pública laboral (el rechazo para el abuso de la temporalidad estatutaria en la Sala 3.ª del TS es constante –SSTS, Sala 3.ª, [1452/2021, de 10 de diciembre](#), y [1568/2021, de 22 de diciembre](#), que confirma el rechazo también a la indemnización disuasoria automática–). No es prudente una rectificación tan radical de la jurisprudencia (por ejemplo, [STS 649/2021, de 28 de junio](#): el abuso de temporalidad implica una relación

³ No obstante, recuérdese que se mantiene la presunción de indefinición, salvo prueba en contrario, cuando un contrato temporal finalice su vigencia y no se denuncie, prorrogándose tácitamente como indefinido, salvo que el empresario pruebe su temporalidad ([art. 49.1 c\) ET](#)).

indefinida no fija, su cese reglamentario solo genera una indemnización de 20 días/año de servicio) de una forma tan difusa, tomando parte por una minoría judicial. Ello, sin perjuicio del irresuelto, quizás irresoluble, al margen de una solución legal coherente, enredo creado por una dilatada práctica de espaldas a la [Directiva 70/1999/CE](#) (por ejemplo, [STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19](#)).

La misma fijeza se producirá ([art. 15.5 ET](#)) cuando:

- Se genere un encadenamiento de contratos temporales durante un plazo superior a 18 meses (antes 24) en un periodo de 24 (antes 30), en los términos anteriores (se computarán los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor, no los anteriores –[disp. trans. quinta RDL 32/2021](#)–, salvo el que ya esté en vigor; quedan excluidos del cómputo: formativos, interinidad, relevo, contratos temporales universitarios).
- La persona ocupe un puesto más de 18 meses en un periodo de 24 mediante contratos por circunstancias de la producción (incluidos los de la empresa de trabajo temporal –ETT–).
- Supuestos de sucesión empresarial. Conforme a la jurisprudencia reciente, en caso de reversión de servicios públicos se debe respetar la fijeza preexistente (*vid.* [STS de 26 de enero de 2022](#)), sin cabida para la figura de la relación indefinida no fija, siempre conflictiva (la [STS 1242/2021, de 9 de diciembre](#), entiende que lesiona la garantía de indemnidad el cese de una trabajadora temporal de una escuela de música municipal tras sucesivos contratos de obra al no ser contratada de nuevo y que ha reclamado para que se reconozca la indefinición laboral).

Junto a la «sanción de fijeza», aumenta la severidad de las sanciones administrativas por la transgresión de normas sobre temporalidad. No solo eleva la cuantía, sino que considerará una infracción por cada contrato irregular ([art. 7.2 LISOS](#)). En este mismo plano, se ha modificado el [artículo 18.2 c\) de la LISOS](#) (infracciones graves), a fin de extender esa consideración a los contratos de puesta a disposición fraudulentos de las ETT. Aquí, el problema interpretativo emerge al relacionar el cambio con la doctrina unificada ([STS de 2 de diciembre de 2021, rec. 4701/2018](#)). Esta reconduce estas situaciones, cuando lleva a la cesión ilegal, al [artículo 8.2 de la LISOS](#): infracción muy grave. ¿Qué vía sancionadora resulta más gravosa, pues, una muy grave o múltiples graves?

Junto a la «sanción de fijeza»,
aumenta la severidad de las sanciones
administrativas por la transgresión de
normas sobre temporalidad

La penalización de la temporalidad, ahora incluso lícita, llega también con la modificación del [artículo 151 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#). Incrementa la cuota adicional (se abona al finalizar) para los contratos temporales inferiores a 30 días (el 35 % de los que se firman; el 22 % no llega a la semana; [la media de duración es de 53 días, según un estudio del Servicio Público de Empleo Estatal –SEPE–](#)).

5. ¿Y el sector público?: peculiaridades y resistencias del empleo público (laboral) para abandonar su arraigada cultura de temporalidad. ¿El enésimo olvido del empleo público investigador? Aun constatado que el sector público tiene el mismo apego por la temporalidad que el privado, incluso en ciertos ámbitos más, estando sujeto al mismo marco normativo europeo que prima la estabilidad, todas las reformas laborales abren «vías de escape» a las Administraciones públicas para que puedan seguir acudiendo a la contratación temporal. De inicio, a diferencia del [artículo 15.1 del ET](#), el [artículo 11.1 del EBEP](#) situaría al mismo nivel la contratación fija, indefinida y temporal. Asimismo, conforme a la nueva [disposición adicional decimoséptima del EBEP](#) (incluida por la [Ley 20/2021](#)), sobre medidas para controlar la licitud de la temporalidad en este sector, no se prevé en ningún momento ni la fijeza ni la indefinición (que la Administración pública no puede reconocer al margen de una decisión jurisdiccional).

En cambio, se diluye la seriedad de la cuestión con la llamada a una secuencia de responsabilidades administrativas a las que siempre se remite, pero ni se conocen ni se aplican, a la inoperativa nulidad de la decisión que incumpla los plazos de temporalidad (apdo. 3 –no provoca la nulidad automática del contrato de trabajo abusado, sino de la cláusula de temporalidad–) o a una compensación económica reducida (20 días/año de servicio con un límite de 12 mensualidades para el estatutario –apdo. 4–, y la más alambicada y regateada –la diferencia entre la máxima de 20 días y la correspondiente, prorrateada por meses, a los periodos inferiores a 1 año– prevista para el personal laboral –apdo. 5–). Esta compensación mínima deja –igual que la del [art. 2.6 Ley 20/2021](#)– dudas, al no tener efecto disuasorio, sobre su adecuación a la cláusula 5.^a de la [Directiva 70/1999/CE](#).

Como problemas de adecuación a esta normativa comunitaria suscita la regla de continuidad, a favor de las Administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro, para seguir con sus políticas de contratación temporal vinculada a programas de fomento de empleo y con una duración máxima –contratos a término– de 12 meses (no son estructurales, sino coyunturales, por razones del –deficitario– mercado de empleo para los colectivos de personas más desfavorecidas –las mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación podrán ser contratadas mediante el contrato formativo [ex art. 11.2 ET](#)–). La [disposición adicional novena de la Ley de empleo](#) (incluida por la [disp. final segunda RDL 32/2021](#)) sigue sin introducir controles a usos sucesivos de esta modalidad contractual, lo que podría entrar en colisión con la cláusula 5.^a de la [Directiva 70/1999/CE](#) (aunque no con su cláusula 4.^a). Sin duda, una cuestión conflictiva adicional será la relativa a su indemnización, sea por fin de contrato, nada se dice, sin excluirse expresamente del [artículo 49.1 c\)](#) –salvo que se trate de contratos formativos referidos–, sea en situaciones abusivas ¿[disposición adicional decimoséptima del EBEP](#)?

No será la única salvaguarda de contratación temporal a favor del sector público en una norma que aspira –dice– a la transformación. La [disposición adicional quinta del RDL 32/2021](#) autoriza al sector público (entidades incluidas en el [art. 2 RDL 36/2020, de 30 de diciembre](#) –medidas urgentes de modernización de la Administración pública y para la ejecución

del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia-) para la celebración de «contratos de duración determinada» (sometidos a plazo o condición resolutoria, distintas a las causas estructurales previstas en el [art. 15 ET](#)) no solo asociados a la «ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» (por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos), sino también para su suscripción en los casos en que «resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea». Nada más se dice, por lo que casi todo queda en el aire, desde la modalidad contractual hasta el tipo de fondos de la Unión Europea, pasando por el sentido preciso del requisito de la financiación europea (¿totalmente financiados, cofinanciados, parcialmente financiados por la Unión Europea?).

Precisamente, a esta otra nueva ventana de temporalidad apelan los centros públicos de investigación para mantener su práctica de endémica temporalidad, una vez deban prescindir de los (abusados) contratos de obra o servicio. Su aferramiento a la temporalidad⁴ es tal que de inmediato se puso de manifiesto por las autoridades universitarias la grave «amenaza» que la reforma laboral supondría para miles de personas (la mayoría jóvenes) contratadas en el sistema español de ciencia y tecnología. Curiosamente, la defensa del modelo de temporalidad se sitúa en la exigencia competitiva máxima internacional, de modo que pareciera que la calidad investigadora se identificara con la temporalidad, cuando debería pensarse justo lo contrario: a más estabilidad, mayor capacidad investigadora y oportunidades de lograr proyectos, incluso europeos.

6. Eterno anhelo de la fijeza, aunque sea discontinua: ¿transición al paraíso o solo al purgatorio? Abriendo puertas a la (siempre problemática) discontinuidad. El camino de transición desde la (indeseada) temporalidad del contrato de obra a la (deseada) indefinición tiene en la fijeza discontinua ([art. 16 ET](#)) su mayor referente. Refleja el carácter transaccional de la ley, pues si problemática (y precaria) era la contratación por obra, la fija discontinua no le va a la zaga, con varios agravios respecto de la indefinición continuada. De ahí su extrema conflictividad, con lagunas de protección (laboral y de seguridad social) y cúmulo de discriminaciones y/o desigualdades. El empresariado acepta intercambiar, en un claro paradigma de «flexiseguridad», cierta temporalidad por la discontinuidad, reduciendo los costes del tránsito y trasladándolos, en parte, al Estado y a las personas empleadas

El empresariado acepta intercambiar, en un claro paradigma de «flexiseguridad», cierta temporalidad por la discontinuidad, reduciendo los costes del tránsito y trasladándolos, en parte, al Estado y a las personas empleadas

⁴ Habría que sumar la posibilidad –creo que poco operativa en el ámbito investigador– de optar por la figura del personal funcional interino ex [artículo 10 del EBEP](#), concebida como un auténtico cajón de sastre para integrar todo tipo de temporalidad, incluida la ejecución de programas temporales.

(prestación por desempleo). El [RDL 32/2021](#) es consciente de esta «debilidad garantista», otorgándole «prioridad» y comprometiendo mejoras futuras.

Nada menos que hasta cinco grupos de supuestos contractuales abarcará ahora este tipo contractual, evidenciando una extraordinaria desnaturalización de su objeto. El [artículo 16 del ET](#) define el contrato fijo discontinuo como el dirigido a atender «trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados».

Siendo prototípicos los de temporada (actividad estacional e intermitente), que se piensan ahora determinantes para sectores como la hostelería y la agricultura –aunque este sector se resiste a la contratación fija discontinua para tareas de recolección, pese a que la figura adecuada sería aquella–, también la construcción (salvo lo que se dirá para la figura propia del «contrato indefinido vinculado a obra»), todos los demás supuestos están cargados de complejidad y notables problemas interpretativos. Así:

- a) Respecto de los supuestos de discontinuidad no predeterminada por la actividad en sí, sino por el modo de desarrollar la prestación la propia empresa, a través de una actividad intermitente articulada en los «periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados».

Se trata del esquema «*certus an, certus quando*», «*certus an, incertus quando*», lógica heredada de los contratos de obra. Factor añadido de artificialidad que, además, puede generar confusiones en la práctica con otras figuras contractuales, como la parcialidad vertical, incluso con ciertos supuestos de distribución irregular [ex artículo 34.2 del ET](#) (por ejemplo, [STS de 11 de diciembre de 2019, rec. 147/2018](#): la distribución irregular por convenio o acuerdo en la empresa es ilimitada, sin perjuicio del preaviso –[Sentencia de la Audiencia Nacional 262/2021, de 22 de diciembre](#)–).

- b) Aún más notoria es esta desnaturalización de la figura de la fijeza-discontinua en el «uso sucedáneo» para concertar trabajos consistentes en la prestación de servicios de ejecución de contratos mercantiles (o concesiones administrativas). Trabajos que pueden ser previsibles e integrarse en la actividad normal.

De nuevo se escribe blanco sobre negro en el papel del BOE la herencia que recibe esta reinvencción de la fijeza discontinua de la finiquitada temporalidad asociada a las contrata ya por el TS a instancia del TJUE. Compruébese cuánto cuesta desprenderse de la cultura-tradición de temporalidad de esta guisa, porque no solo se «resucita» para el visto contrato por circunstancias de la producción, sino que ahora se mantiene, con diferente forma, en la desnaturalizada y exprimida figura de la «fijeza-discontinua». Es el precio de la transaccionalidad y el pacto con la parte empresarial. De ahí la llamada a la negociación colectiva

como gran protagonista del desarrollo de esta figura. El [artículo 16.4 del ET](#) prevé que en tales casos (no en los genéricos de discontinuidad derivada de una causa inherente al programa de prestación concertado) «los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones». En tales casos, la negociación colectiva sectorial podrá fijar plazo máximo de inactividad entre contrataciones (y subcontratas), que será de 3 meses en defecto de regla convencional.

- c) Pero esta opción legislativa de bordear o eludir, reformulándolos, los límites a la temporalidad (ahora mutada en fijeza discontinua) puestos por la jurisprudencia se convierte en recificación cuando habilita a las ETT para formalizar contratos de puesta a disposición con fijeza discontinua, que el TS –por pírrica mayoría– rechazó ([STS 728/2020, de 30 de julio](#)).

La figura contractual de la fijeza-discontinua, prevista ahora como para «todo uso» (desplazando al de obra), tendrá su espacio para el sector público ([disp. adic. cuarta RDL 32/2021](#)):

Los contratos por tiempo indefinido y los fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que [...] el sector público [...] tenga encomendados, previa expresa acreditación. Si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Corregido el nuevo embrollo terminológico (la versión originaria acumulaba indefinición y fijeza)⁵, al menos dos problemas emergen. Primero, explícito, la necesidad de autorización para la tasa de reposición específica –genera complejidad, obstáculos y desincentivos–. Segundo, implícito, ¿cómo se extingue con una indemnización de 20 días/año de servicio este contrato indefinido si se deroga la [disposición adicional decimosexta del ET](#) –despidos objetivos en las Administraciones públicas– y es dudosa la aplicación del [artículo 52 e\) del ET](#)?

Obstáculo ignorado por la «nota informativa» (más incierta no puede ser la fórmula elegida ministerialmente para tratar de dar seguridad) del Ministerio de Universidades sobre los efectos de la reforma laboral en la contratación asociada a proyectos de investigación. Esta iniciativa político-institucional trata de salir al paso de la crítica sindical, que cataloga la reforma laboral como una «carga de profundidad» contra la investigación, fuente potencial del «cese-despido» de más de 30.000 personas investigadoras. Con manifiesto irrealismo (tanto la nota como la crítica, pero en este país se aman los dramas para todo) llama a normalizar la contratación indefinida:

⁵ No obstante, recuérdese el favor jurisprudencial por este tipo de racionalmente indescifrables terminologías, como el reconocimiento del «contrato fijo-discontinuo indefinido no fijo» para el sector público (por ejemplo, [SSTS 387/2018, de 11 de abril](#), y [1060/2021, de 27 de octubre](#) –cuidadora de guardería municipal temporera–).

- Bien a través del «contrato indefinido fantasma» (nunca se ha aplicado) asociado a programas de investigación científica y técnica, o de innovación, financiados con ingresos externos finalistas ex [disposición adicional vigesimotercera de la Ley de la ciencia, la tecnología y la innovación \(LCTI\)](#).
- Bien a través de la indefinición discontinua (con el límite de la tasa de reposición).

A tal fin, anunciaría gestiones conjuntas entre el Ministerio de Universidades y el Ministerio de Ciencia e Innovación con el Ministerio de Hacienda y Función Pública para que los contratos derivados de convocatorias ya resueltas, o las que se tienen que resolver entre el 30 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022, «puedan transformarse en contratos indefinidos de la forma más ágil posible». En todo caso, dice, a partir del 30 de marzo de 2022, «todos los contratos de personal asociados a proyectos de investigación habrán de tener un carácter indefinido». Se verá. Por si acaso, se anuncia una reforma de la [LCTI](#) a tal fin.

Las reglas sobre sus condiciones de empleo y de trabajo transparentan que, pese a lo que se vende políticamente, este tránsito no va desde el «infierno de la temporalidad de obra» al «paraíso de la indefinición», sino que habría que pasar tiempo –no se sabe cuánto– en el «purgatorio de la discontinuidad».

Sin perjuicio de las mejoras que pueda introducir la negociación colectiva sectorial, a la que se llama para ordenar numerosas cuestiones de su régimen jurídico, así como las comprometidas reformas legales de futuro, lo cierto es que la nueva regulación no corrige algunas de las principales lagunas y contradicciones de protección que arrastra esta relación laboral, que no escapa a elementos de relativa precariedad. Formalizado por escrito ([art. 16.2 ET](#)) y amparado por los genéricos principios de igualdad y no discriminación ([art. 16.6 ET](#)), la especificidad mayor de su regulación se centra en el momento delicado del llamamiento ([art. 16.3 ET](#)). La clave para avanzar en este renovado régimen de garantías se desplaza a los convenios sectoriales (a veces prevé que, o en su defecto, al acuerdo de empresa), con la garantía de transparencia colectiva (deber de información pasiva, con antelación –inicio de año–, a la representación laboral de las previsiones de llamamiento anual).

«Todos los contratos de personal asociados a proyectos de investigación habrán de tener un carácter indefinido». Se verá. Por si acaso, se anuncia una reforma de la LCTI a tal fin

A la negociación colectiva sectorial ([art. 16.5 ET](#)) incumbirá garantizar que:

- El tiempo de inactividad no es solo de desempleo, sino de empleabilidad, creando bolsas sectoriales de empleo que faciliten su recolocación (sin perjuicio de fijar límites máximos a la inactividad, como se apuntó más arriba), abriéndose así a una figura típica del empleo público (por ejemplo, [STS 1142/2021, de 23 de noviembre](#)).

- Pueda recibir una indemnización por fin de actividad (no de contrato) sin un llamamiento inmediato, «añorando» o «compensando» la pérdida de la vía indemnizatoria ex [artículo 49.1 c\) del ET](#) –otra huella de la herencia del contrato de obra–.
- Solo mediando negociación colectiva sectorial, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, se «podrá acordar [...] la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos».

Esto es, a mi juicio, y aceptando que la formulación legislativa, de nuevo, es confusa, abriéndose a diversas interpretaciones, entiendo que solo si lo prevé un convenio de sector se podrá integrar, junto con la discontinuidad, otra condición de empleo –fuente de precariedad– como la parcialidad. La naturaleza jurídica real (forma de distribución vertical de la jornada, sin perjuicio de las previsiones del [art. 12 ET](#)), así como la finalidad de mejorar la protección en estos contratos, exige una interpretación restrictiva de este –deficiente– texto normativo. Por tanto, el contrato fijo discontinuo es pensado por la ley a tiempo completo, salvo diferente, y justificada, previsión del convenio sectorial.

Otras condiciones de trabajo a regular por convenio sectorial quedan, sin embargo, pre-determinadas por la ley. Es el caso de los derechos ligados a la «antigüedad», cuyo cálculo deberá hacerse atendiendo a la duración del vínculo, no al «tiempo de servicios efectivamente prestados» ([art. 16.6, párr. 2.º, ET](#)). Ahora bien, esta mejora legal de sus derechos económicos y profesionales, atendiendo a la regla general, se matiza a la baja con una excepción abierta, tan general como la regla: se excluyen las «condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y [...] responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia».

Además de lo críptico de la redacción, ¿algo de verdaderamente nuevo jurídicamente? No, más bien traduce en palabra de ley la doctrina jurisprudencial. La de cal viene para los derechos de retribución, que deberán fijarse en atención a la antigüedad del vínculo, criterio jurisprudencial tras diversos conflictos denunciando discriminación (por ejemplo, [Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18](#); [STS 1002/2021, de 13 de octubre](#)). ¿Su arena? El derecho indemnizatorio por fin de la relación, pues la [STS 730/2020, de 30 de julio](#), con criterio discutible, fijó el cómputo en el tiempo efectivo de prestación. Por tanto, el criterio vaporoso de la norma, ¡ah, sorpresa!, acepta este abaratamiento del coste del despido respecto de la relación indefinida «ordinaria».

No sorprende, pues, en este escenario ambivalente, que la ley insista en convertir a estas personas en objetivo prioritario en las acciones de mejora de la empleabilidad (por ejemplo, derechos de información para facilitar la conversión en indefinición ordinaria –[art. 16.7 ET](#)–, cuyo incumplimiento es infracción leve –ex [art. 6.5 LISOS](#)–⁶; preferencia en el acceso a las iniciativas formativas del sistema en periodos de inactividad –[art. 16.8 ET](#)–).

⁶ Para acuerdos de conversión de fijeza discontinua a ordinaria, incluso en el marco de un expediente de regulación de empleo (ERE) de despido colectivo (por ejemplo, Grupo Kalise Menorquina, SA), *vid.* [STS 999/2021, de 11 de octubre](#).

Además, compromete mejoras futuras en la protección de desempleo asistencial ([disp. final sexta RDL 32/2021](#)). Lo que significa que la ley asume su menor accesibilidad prestacional. En suma, no hay paraíso sociolaboral para las personas indefinidas-fijas discontinuas, aún.

No hay paraíso sociolaboral para las personas indefinidas-fijas discontinuas, aún

7. Otro tránsito espinoso: de «fijo de obra» a «indefinido adscrito a obra» en el sector de la construcción: ¿vistiendo una directiva desnudando otra? Al igual que el de la agricultura (y la investigación), el sector de la construcción debe experimentar este tránsito desde el modelo querido-pensado (acuerdo social, formulado legalmente y validado con esperpento, suspense y segura impugnación ante el TC) de fijeza. Pero este sí tiene su «traje» para recorrer el tránsito. La [disposición adicional tercera de la Ley 32/2006](#) (subcontratación en la construcción) muta el viejo contrato «fijo de obra» por el nuevo «indefinido adscrito a obra». En principio, quiere cumplir con la [STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19](#), que evidenció su desajuste con la [Directiva 70/1999/CE](#). Pero la nueva, amplia y compleja regulación, centrada en una alambicada causa extintiva *ad hoc* (no extensiva al personal «estructural») presenta serios problemas, que no auguran un futuro cierto, ni largo.

En síntesis, el fin de obra (regulado en el apdo. 3 y que presupone una fallida primera fase de novación contractual *ex lege*, que puede exigir un periodo formativo, a cargo de la empresa o entidad especializada y delimitada por el convenio estatal) crea la obligación empresarial de realizar una oferta de recolocación para una nueva obra. Las nuevas condiciones deben constar por escrito mediante cláusula anexa al contrato. De no ser aceptada por la persona, no reunir la cualificación necesaria para la nueva obra, no existir obra acorde a su cualificación en la provincia o concurrir un exceso de personas cualificadas en la nueva obra, deviene motivo extintivo por «causas inherentes a la persona». En tales casos, procederá la indemnización (superior a la ordinaria) del 7 % de su retribución (apdo. 6). La empresa debe informar a la representación laboral.

No podemos detenernos aquí en analizar con detalle esta regulación, plagada de incertidumbres que provocan inquietud y perplejidad por doquier. Primero, incluye en el concepto de fin de obra o terminación de servicios situaciones de parálisis solo «temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad». En el ámbito común, parecería dar lugar a situaciones suspensivas o de reducción de jornada [ex artículo 47 del ET](#), creando un régimen diferencial que parece dejar de lado el objetivo que dice perseguir la reforma (favorecer la flexibilidad interna), pues la remisión al ET que se hace es al [artículo 49](#) y siguientes, no al [artículo 47](#). Evidentemente, la norma –pactada– ha querido crear un régimen excepcional (o especial) respecto del [artículo 47 del ET](#), creando directamente la obligación a la empresa de ofrecer un programa efectivo de recolocación-novación-recualificación.

Segundo, en buena medida, el fortalecimiento que se quiere de la estabilidad en la fase de novación se devalúa en la fase extintiva. La uniformidad causal creada por la ley para situaciones tan dispares termina creando un cajón de sastre que facilita el cese, sin más elemento justificador y disuasorio que el eventual plus indemnizatorio. Por tanto, no solo hay problemas de desajuste respecto del [artículo 35 de la CE](#), sino también en relación con el [artículo 24 de la Carta Social Europea revisada](#) y la doctrina interpretativa del Comité Europeo de Derechos Sociales, que prohíbe un régimen extintivo basado en una indemnización de cese predeterminada legalmente y de juego automático.

Tercero, sorprende –me parece arbitraria– la calificación como motivo inherente a la persona de causas empresariales típicas, por tanto, claramente no inherentes a la persona (por ejemplo, el exceso de personal cualificado en una misma obra; la inexistencia de obras análogas en una misma provincia). Bien sabido es que el concepto de «despido» derivado de la [Directiva 98/59/CE](#) se concibe de forma expansiva, debiéndose interpretar en el sentido de que «engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento». Una condición que reúne solo la causa primera, el rechazo de la oferta de recolocación-recualificación, incluso, pero mucho más dudosa, la falta de cualificación adecuada, careciendo por completo de ella las restantes. En fin, ni el régimen transitorio ([disp. trans. tercera.1 RDL 32/2021](#) –se mantienen los actuales hasta final de vigencia–), en virtud del desajuste a la [Directiva 70/1999/CE](#), ni el régimen futuro, en virtud del desajuste a la [Directiva 98/59/CE](#), auguran paz jurídico-social para este complejo y problemático régimen de la «fijeza de obra», ahora «indefinición de obra».

Ni el régimen transitorio ni el régimen futuro auguran paz jurídico-social para este complejo y problemático régimen de la «fijeza de obra», ahora «indefinición de obra»

8. La enésima reforma de los contratos formativos en aras de la empleabilidad de las personas jóvenes: ¿un nuevo quiero y no podré? No hay reforma laboral que no se las tenga con los «contratos formativos» ([art. 11 ET](#)), siempre en la encrucijada entre lo estructural (las necesidades formativas en edades tempranas de acceso al mercado de trabajo) y lo coyuntural (las necesidades de inserción en el mercado de trabajo ordinario de un colectivo de personas, las más jóvenes, con endémica prevalencia en las tasas de paro). Lo primero que se suele cambiar es la propia denominación y en esta ocasión no iba a ser menos. Manteniéndose la típica dualidad de modalidades, según la situación formativa (con o sin titulación adecuada), aunque el tipo contractual se presenta único:

- El clásico contrato de aprendizaje (antes para la formación y el aprendizaje) ahora lleva el nombre del resultado que se pretende lograr con el contrato (como si el nombre, a modo de fórmula mágica, fuese el talismán): contrato para la formación en alternancia ([art. 11.2 ET](#)) en el ámbito de la formación profesional, estudios universitarios o Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

- El característico contrato en prácticas ahora ve alargado su nombre (inspirado en la misma lógica taumatúrgica de los nombres): el contrato «formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios» (art. 11.3 ET).

¿Solo con el –inane– cambio de nombres se pretende la prometida transformación del modelo de contratación juvenil, acercándonos al envidiado y envidiable sistema alemán? No. Pero la denominación sí revela una nueva estrategia reguladora, de modo que, en vez de apostar por el contrato en sí para facilitar la contratación (directa) del personal más joven, pareciera enfatizarse su ser solo medio contractual para propiciar lo que garantizaría su inserción, la formación y/o la experiencia profesional. En este enfoque mutado deben entenderse los cambios (cuya vigencia también se aplaza 3 meses) que presenta el [artículo 11 del ET](#) respecto de su precedente: duración (por lo general se acortan los periodos mínimos y máximos; el [art. 3 Ley 10/2021, de 9 de julio](#), de trabajo a distancia, fija límites para la duración del teletrabajo juvenil) y demás condiciones de empleo y de trabajo (las retribuciones evidencian más cambios formales que reales, sin que haya mejora relevante –el bajo salario seguirá siendo su principal atractivo–; el periodo de prueba queda eliminado para el contrato en alternancia; se eleva a 30 la edad mínima de contratación –personas mayores podrán ser también contratadas en alternancia si se vinculan a programas de activación de empleo–).

La letra del [artículo 11](#) está bastante cambiada, pero, honestamente, la realidad es bien diferente, poco o nada cambiará («ley gatopardesca»). Ofrece más dudas que respuestas. Cuando se incluyó en el [artículo 11 del ET](#) este nuevo enfoque para la «formación dual universitaria» ¿cambió algo? Ni siquiera llegó a ser desarrollada reglamentariamente. ¿Será alternativa real a las prácticas-beca? Ni siquiera el Gobierno lo cree, porque, al tiempo, anuncia un futuro Estatuto del personal becario ([disp. adic. segunda RDL 32/2021](#)). La realidad, por encima del deseo, es que nunca ha sido «una alternativa atractiva» para las empresas.

Como tantas otras reformas, la ley construye, para los contratos formativos, un régimen jurídico al margen de los presupuestos reales que le sirven de sustrato y que permiten hacerlo creíble o bien lo condenan al fracaso, pues no se remueve con (alambicados) cambios en el papel-BOE. Sin empresas con un tamaño razonable que permita atender la complejidad del proceso formativo, sin prevalencia de empresas que hagan de la inversión en talento juvenil una apuesta firme, ante el predominio de pymes con reducida inversión, en vez de valorar a la persona joven como una oportunidad de disponer de un recurso productivo humano formado y dócil, a bajo precio (a veces incluso ninguno, una beca pírrica), el cambio de modelo que tanto se anhela seguirá resistiéndose. En suma, no querría ser agorero,

Como tantas otras reformas, la ley construye, para los contratos formativos, un régimen jurídico al margen de los presupuestos reales que le sirven de sustrato y que permiten hacerlo creíble o bien lo condenan al fracaso, pues no se remueve con (alambicados) cambios en el papel-BOE

pero esta parte de la reforma (para cuyo análisis más detenido remito al [estudio](#) sugerente del profesor Antonio Costa) está condenada a fracasar.

9. ¿Del coto a la temporalidad al acoso al trabajo externalizado (gestión indirecta)?: no, las kellys, pese a lo que se les prometió, aún deberán seguir esperando ¿ad calendas graecas? Si otro aspecto –originariamente concebido como esencial para hacer factible el paradigma transformador de relaciones de trabajo de calidad que se quiere– decepciona mucho de la reforma es la limitada intervención en el régimen, normalizado en España, de gestión indirecta del empleo mediante la externalización ex [artículo 42 del ET](#). A menudo incluso más que la temporalidad, la precariedad se asocia a esta. La empresa principal prefiere pulverizar en una gran maraña (cadena) de subcontratas «su» plantilla (parafraseando la previsión del [art. 15.2 ET](#): la plantilla que «requeriría» para la gestión directa de su actividad), «disponiendo» a costes más reducidos de personal «volante». La preferencia retributiva del convenio de empresa respecto del sectorial ex [artículo 84.2 del ET](#) completaría esta economía de opción a favor de las formas de trabajo externalizado.

Considerado inasumible por el nuevo Gobierno, no solo por devaluar derechos, sino también por disfuncional para un nuevo modelo productivo (competencia desleal, ventaja competitiva basada en bajos salarios, no en innovación, etc.), desde hace años lleva preparando un cambio radical del [artículo 42 del ET](#). El objetivo no era tanto garantizar el convenio sectorial (como en la contratación pública), sino neutralizar el factor coste laboral en la economía de opción por la externalización, facilitando aplicar el convenio de la principal. Una línea que, análoga a la regulación de las ETT, serviría, además, para erradicar el factor de precarización y desigualdad ínsito en el desarrollo del sector de las empresas multiservicios, fuente de competencia desleal con las propias ETT.

El símbolo de esta transformación sería el «movimiento Kelly». ¿En qué queda? En mucho menos y distinto de lo esperado (y esperable) desde un enfoque de garantías, «normal» (incluso razonable), puro transaccional. De forma directa, el [artículo 42.6 del ET](#) solo tiene un cambio (debe relacionarse con el bloque normativo de esta materia: cambios en el [art. 84.2 ET](#) y en los arts. [15](#) y [16 ET](#) –nuevas reglas que facilitan vincular la contratación, temporal⁷ y fija discontinua, con contratas–). A saber:

El convenio [...] de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada [...], con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este en los términos que resulten del artículo 84.

⁷ Pese al rechazo jurisprudencial, a instancias del TJUE (por ejemplo, [STS 1137/2020, de 29 de diciembre](#)).

Lejos de la equiparación retributiva con la empresa principal se consagra la aplicación del convenio colectivo sectorial propio de la actividad que realice la contrata o subcontrata, con dos excepciones. Primera, que resulte de aplicación otro convenio según los criterios generales de selección de la norma convencional cuando concurren varias. Segunda, que la empresa (fundamentalmente las empresas multiservicios, que son las problemáticas realmente) cuente con un convenio propio (de empresa global, no solo de centro, aunque no lo especifica –problema interpretativo abierto–). En este caso se remite a la regla general del [artículo 84.2 del ET](#) (elimina la prioridad retributiva).

Lejos de la equiparación retributiva con la empresa principal se consagra la aplicación del convenio colectivo sectorial propio de la actividad que realice la contrata o subcontrata, con dos excepciones

De este modo, de un lado, la reforma no acaba con las posibilidades de economía de opción a favor de la gestión externalizada laboral. Por ejemplo, en caso de ausencia de convenio sectorial aplicable a empresas multiservicios podría invocar esta también la prioridad retributiva de su convenio. De otro, en realidad, la ley sigue un criterio del TS (por ejemplo, [STS 438/2020, de 11 de junio](#)), seguido con alguna equívocidad (por ejemplo, la [STS de 17 de marzo de 2015, rec. 1464/2014](#), prioriza el convenio de la actividad preponderante de la multiservicios). El TS, además, viene rechazando (en contra de una doctrina judicial minoritaria) que sea obligado aplicar el convenio de la principal cuando la subcontrata sea de la actividad principal (por ejemplo, [STS 1110/2021, de 11 de noviembre](#)). En suma, una vez más, debiéndose valorar positivamente lo reformado, ni es suficiente para ganar en derechos (no neutraliza los factores más relevantes de precariedad), ni en competitividad cualitativa (no evita toda decisión de economías de opción que favorece una externalización desleal), ni está exento de problemas interpretativos.

10. El nuevo régimen de los ERTE (art. 47 ET): modernización de los sistemas de gestión flexible interna y su priorización respecto de la flexibilidad externa (despidos colectivos y objetivos). Junto con la contratación (el nuevo intento de convertir en práctica la regla de oro), el otro gran eje reformador se sitúa en la flexibilidad interna (transformar la cultura precedente de acudir a los despidos como mecanismo prioritario de ajuste por la priorización de la gestión novatoria). En buena medida quiere normalizar los aspectos fundamentales de los «ERTE/COVID-19» para garantizar un marco de flexibilidad ante los cambios de demanda con mayor seguridad, especialmente en escenarios de transformación digital (y ecológica, aunque no lo mencione).

En un plano jurídico, el [artículo 47 del ET](#) regula dos modalidades de ERTE:

- ERTE/ETOP (causas económicas, técnicas, organizativas y productivas).

- ERTE/FM (fuerza mayor), que a su vez contempla dos submodalidades:
 - ERTE/FM.
 - ERTE/FM-*factum principis* (ERTE/FM-FP).

En relación con los ERTE/ETOP, deja vigentes las reglas relativas a las causas (apdo. 2) aglutinándose los cambios en nuevas reglas de procedimiento, así como las sanciones derivadas de eventuales incumplimientos de los compromisos adquiridos en los ERTE. En apretada síntesis (para un mayor análisis se remite al brillante [estudio del profesor Eduardo Rojo](#)), los cambios en el ámbito procedimental buscan básicamente agilizar la gestión del ERTE (reducción del periodo de consultas –de 15 a 7 días– para las empresas de menos de 50 personas trabajadoras; eliminación del trámite de traslado por la autoridad laboral a la entidad gestora del desempleo de la comunicación empresarial –[disp. adic. cuadragésima segunda LGSS](#)–), así como facilitar su adaptación a cada momento evolutivo de la situación. Respecto a la predeterminación normativa de efectos negativos o «sanciones» por el incumplimiento de los compromisos que se adquieren en estos ERTE/ETOP se prevé el «reintegro del importe de prestaciones a la entidad gestora» y el «ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social».

Para los ERTE/FM, la novedad jurídico-normativa más destacada es la carta de naturaleza legal que adquiere la modalidad, acuñada por la jurisprudencia y reinventada para la pandemia, del ERTE/FM-*factum principis* («impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad [...] competente, incluidas aque-

Para los ERTE/FM, la novedad jurídico-normativa más destacada es la carta de naturaleza legal que adquiere la modalidad, acuñada por la jurisprudencia y reinventada para la pandemia, del ERTE/FM-*factum principis*

llas orientadas a la protección de la salud pública») (apdo. 6). En los ERTE/FM en sentido propio ([art. 47.5 ET](#)), las novedades legales son igualmente de procedimiento y van en la dirección análoga de agilizar la tramitación, si bien las medidas son diferentes, dado que aquí no media periodo de consultas, solo autorización, básicamente conforme al procedimiento del [artículo 51.7 del ET](#) (ERE/FM). La solicitud corresponde a la empresa y la carga documental que evidencie la concurrencia de la causa de fuerza mayor. Constatada –o no– la causa por parte de la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), deberá dictar su resolución en el plazo de 5 días naturales desde la solicitud de la empresa. Esta, autorizada, deberá determinar la reducción de jornada y/o la suspensión contractual. El silencio es positivo ([STS 83/2021, de 25 de enero](#)).

El ERTE/FM-FP (*factum principis*) sigue un procedimiento análogo con determinadas particularidades, una vez más orientadas a agilizarlo (por ejemplo, no es preceptivo el informe de la ITSS), sin perjuicio de exigir de la empresa una prueba razonable de las circunstancias

impeditivas o limitativas de la actividad a raíz de la decisión de autoridad. De esta forma, una parte de la regulación excepcional en situación de crisis pandémica se normalizará y permitiría responder a una nueva (seguramente menos lejana de lo que pensamos) crisis de forma estructural, no improvisada y aluvional. Una réplica del derecho propio de la emergencia o excepción que se plasma especialmente en las reglas comunes a los diferentes ERTE (ETOP, FM, FP, recogidas en el [art. 47.7 ET](#), también aplicables para el sistema de ERTE/RED-FE ex [art. 47 bis ET](#)). Destacamos las dos siguientes⁸, relativas a la socialización de parte de los costes de estos ERTE (típico del modelo de flexiguridad):

- El desarrollo de acciones formativas a favor de las personas afectadas por el ERTE da derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada ex [artículo 9.7 de la Ley 30/2015](#) (nueva [disp. adic. vigesimoquinta ET](#) –idéntica al [art. 3.2 RDL 18/2021](#)–).
- Los beneficios de exoneración parcial de cotizaciones sociales vinculados a los ERTE, voluntario para la empresa, estarán condicionados al mantenimiento –6 meses– en el empleo de las personas trabajadoras afectadas ([disp. adic. cuadragésima cuarta.10 LGSS](#)). El régimen es muy similar al compromiso de empleo previsto desde la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#) y mantenida hasta hoy con el [RDL 18/2021](#). De interés que en la [disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS](#) precisa que el reintegro de cuotas en caso de incumplimiento (ajeno a la calificación del despido –[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 716/2021, de 18 de noviembre](#)–) no será global –como expresa la [disp. adic. sexta](#)– sino nominal (solo persona afectada).

No podemos entrar aquí en un mínimo detalle, pero conviene tener en cuenta que esta reforma viene acompañada (también para el sistema RED-FE del que hablaré de inmediato) de significativos cambios en la [LGSS](#). Se busca precisar tanto los deberes de cotización en ERTE (arts. [153 bis](#) y [273.2 LGSS](#)) como la situación prestacional de las personas trabajadoras incluidas (por suspensión contractual o reducción de jornada). Al respecto, si bien la [disposición adicional sexta del RDL 32/2021](#) especifica que estas serán computadas como ocupadas a efectos estadísticos (porque «refuerza el vínculo con la empresa de las personas trabajadoras cubiertas» –ingenuo creer que pondrá fin a la polémica existente y que ya diera lugar a un episodio hilarante entre la ministra de Trabajo y el de Seguridad Social al inicio de la pandemia y de la legislación de escudo social anti-COVID-19–), se reforma el

⁸ No es ocioso recordar que se prevé tanto la afectación como la desafectación de personas empleadas en función de las alteraciones en los diferentes momentos por los que atraviese la causa que habilite el ERTE, así como de las prohibiciones ([art. 47.7 d\) ET](#)) de horas extra, externalizaciones y nuevas contrataciones (su incumplimiento puede ser infracción grave ex [art. 7.14](#) o muy grave ex [art. 8.20 LISOS](#)), salvo que precise capacitaciones diferentes a las que tienen las personas empleadas y afectadas por el ERTE (previa información a la representación).

[artículo 267 de la LGSS](#) para precisar que están en situación legal de desempleo. No será esta la situación en el caso del [artículo 47 bis del ET](#).

11. ¿«Nuevo traje» para un viejo problema?: los ERTE/RED-FE (art. 47 bis ET), el instrumento «querido-pensado» para, mediante el retorno a la autorización, sostener futuras políticas de reconversión empresarial y laboral, incluida la transición digital y la ecológica? Precisamente, en un plano de decisión más política que jurídica, dada la dimensión gubernamental que adquiere (necesidad de aprobación previa por parte del Consejo de Ministros), se crea el «Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo» ([art. 47 bis ET](#)). Es usual abreviarlo con la expresión ERTE/RED, pero yo prefiero utilizar la de ERTE/RED-FE. No solo me parece más completa la abreviatura, sino más evocadora de lo que representa: otra medida de flexiguridad (flexibilidad y estabilidad) que apuesta por un modelo de reconversión basada en la flexibilidad interna frente al ajuste por el volumen de empleo. Pero, sin perjuicio del útil fondo de socialización de costes (apdo. 6), hay más confianza («fe») que medidas efectivas para lograrlo.

En un plano de decisión más política que jurídica, se crea el «Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo»

Aunque no se expresa así, realmente este mecanismo es (como se desprende de la [disp. adic. tercera RDL 32/2021](#)) el heredero remozado de los ERTE/COVID-19 de última generación recogidos en el [artículo 2 del RDL 18/2021](#) y que han caducado en febrero de este año. Este Mecanismo RED-FE contempla dos modalidades:

- Cíclica (para toda coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización –duración máxima de 1 año–).
- Sectorial (para un concreto sector –o sectores– de actividad que evidencie cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional –nueva denominación para la vieja reconversión– de las personas trabajadoras –duración máxima inicial de 1 año y la posibilidad de dos prórrogas de 6 meses cada una–).

Como puede comprobarse, pese a las diferenciaciones nominalistas y el intento de modernización instrumental, estamos ante claras medidas de política de reconversión. De ahí que dependa del Gobierno de la nación, «previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos», contemplándose la participación del diálogo social en la cumbre estatal, para el ERTE/RED-FE sectorial, a través de la denominada «Comisión Tripartita del Mecanismo RED-FE» (apdo. 2). Este componente público-social mayor que en el [artículo 47 del ET](#) determina que se recupere la autorización administrativa.

En realidad, en el plano procedimental, esta exigencia de autorización administrativa (apdo. 3) es la diferencia básica con los ERTE del [artículo 47 del ET](#) (salvo los de fuerza

mayor, claro), si bien esta centralidad de la autorización se puede desplazar en el caso de que medie acuerdo entre empresa y la representación de las personas trabajadoras. En tal caso procederá la autorización de forma automática ([art. 47 bis.4 ET](#)), mientras que, de no mediar acuerdo colectivo, la autoridad laboral habrá de dictar, discrecionalmente, la resolución que proceda, autorizadora o no, tras la correspondiente solicitud (que, en el caso de la modalidad sectorial, deberá acompañarse de un plan de recualificación profesional de las personas afectadas). Una cuestión importante, y que la norma desatiende de forma absoluta, e incomprensible, siendo una reforma pactada y aceptada por la mayoría de la CEOE-CEPYME, es la fijación de criterios concretos y objetivados que marquen la pauta de la decisión administrativa, sin que quede a su discrecionalidad. Ahora, la norma dice solo que, junto al informe preceptivo de la ITSS, la autoridad laboral «estimaré la solicitud en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa [...]».

Lógicamente, esta lacónica previsión implica que la decisión debe estar justificada en la concurrencia de la causa. Pero ¿qué criterios han de guiar esa estimación? ¿Cómo se ha de valorar tal concurrencia concreta en la empresa solicitante? Recuérdesse que este tema es muy importante, en la medida en que podrían estar afectadas libertades de carácter económico y rango comunitario. Cierto, no estamos ante un ERE, esto es, un despido colectivo (cuya regulación no se ha tocado finalmente, por falta de acuerdo con la patronal, lógicamente, pues era un tema prioritario para los sindicatos y para el Gobierno de coalición) y, por lo tanto, no es de aplicación *stricto sensu* la [STJUE de 21 de diciembre de 2016 \(asunto C-201/15\)](#), que invalidó el sistema de autorización administrativa de Grecia para los despidos colectivos. Ahora bien, en la medida en que su razonamiento no se basó únicamente en la [Directiva 98/59/CE](#), de despidos colectivos, sino en las libertades de índole económica (libertad de prestación de servicios), podría tener alguna proyección. En todo caso, una vez más, se evidencia que este mecanismo es más político que jurídico.

Esta última valoración no se contradice con el dato de que el apartado 5 establezca un amplio elenco de medidas comunes a ambas modalidades de ERTE/RED-FE que, a su vez, asumen buena parte de las reglas (no solo procedimentales y sancionadoras) del [artículo 47 del ET](#). En el plano procedimental se insiste en el acceso informativo de la ITSS, mediante procedimientos automatizados y aplicaciones que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de estos mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y prestaciones correspondientes ([disp. adic. cuadragésima quinta LGSS](#)), con el objetivo de desarrollar las debidas actuaciones de control –junto con el SEPE–. Con ello se evidencia el celo por cuidar que los importantes recursos públicos (el fondo no solo se formará con los eventuales excedentes de las cotizaciones por desempleo) respondan a la finalidad legítima para la que se conciben. Justamente, la regulación legal atiende igualmente al régimen de beneficios sociales, básicamente los previstos en la citada [disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS](#), aunque con diferencias (cíclicos: 60 % primeros 4 meses, 30 % siguientes 4 y 20 % resto; sectoriales: 40 %, si se ponen en práctica –debería ser obligatorio en esta modalidad– acciones formativas).

Evidenciándose, una vez más, su lógica más político-económica que jurídica, la norma prevé la facultad gubernamental de modificar los porcentajes de exención, según las circunstancias concurrentes de coyuntura económica. Asimismo, sorprende –a mí, al menos– que la protección social que debe brindar a las personas afectadas por ERTE/RED-FE ([disp. adic. cuadragésima primera LGSS](#) –entrará en vigor a los 3 meses de la publicación del RDL 32/2021 en el BOE–) no se reconduzca, a diferencia del ERTE [ex artículo 47 del ET](#), al ámbito de la prestación por desempleo ([art. 267 LGSS](#)). Se crea, así, una nueva prestación, que no se nomina, para garantizar la sostenibilidad económica de la persona afectada, por la suspensión o por la reducción de jornada, durante esta situación. Aunque no hay gran diferencia con la prestación por desempleo, la norma cuida de distinguirla, fijando su incompatibilidad ([disp. adic. cuadragésima primera.1 LGSS](#)). Finalmente, como el personal fijo discontinuo, también este colectivo se califica como prioritario para el acceso a iniciativas formativas del sistema de formación profesional para el empleo.

Justamente en relación con esta última referencia haremos nuestra valoración final de esta regulación. El rediseño del instrumento de sostenibilidad social del empleo en circunstancias de dificultad y crisis, coyunturales y estructurales, debe valorarse de una forma positiva en su existencia. Estabiliza aquello que ha funcionado mejor en la experiencia excepcional de los ERTE/COVID-19, incluida la socialización imponente (si bien la actual regulación prevé una cobertura algo más limitada) de sus costes sociales, en virtud del bien social que representa la continuidad del empleo, sin perjudicar nada las facultades de reestructuración laboral empresarial y haciendo previsible la vía, sin los sobresaltos diarios del BOE que se han sucedido en la época de emergencia. Pero, sin perjuicio de todo ello, hay que reseñar cómo ciertas decisiones jurídicas son difíciles de entender, como el establecer una prestación diferenciada para los casos del sistema RED-FE, así como, especialmente, el que no se haya puesto mayor énfasis en lo que, se dice, debe servir para facilitar realmente el tránsito desde la situación crítica a procesos de empleabilidad y recolocación: la recualificación, en especial, la capacitación digital. Ni una sola novedad ni medida concreta coercitiva, obligatoria, para hacer creíble esa necesidad de afrontar con solvencia los formidables retos de transformación de todos los sectores, unos más que otros, que la economía digital, pero también la economía verde (que ni se menciona, sorprendentemente, pues sí lo hacía el [RDL 18/2021](#)), crea.

12. ¿Adiós a los despidos económicos, objetivos y colectivos, en las Administraciones públicas? Aunque de forma directa (indirecta algo sí, a través de la promoción de la fijeza contractual y el favor por la gestión de flexibilidad interna) el despido no se ha tocado, no por falta de voluntad de dos de las tres partes del acuerdo (Gobierno y sindicatos), sino por el total rechazo de la tercera, la patronal, la reforma laboral sí ha querido afectar al despido en el sector público-administrativo. A tal fin, ha derogado la [disposición adicional decimosexta del ET](#), que establecía un régimen especial de despido por causas económico-organizativas, objetivo y colectivo, para las Administraciones públicas, a fin de propiciar su recurso a la vía de los artículos [51](#) y [52 c\)](#) del ET. Con ello, además, se clarificaba un

conflicto interpretativo notable precedente, asumiendo la legitimidad del recurso a esta facultad extintiva por parte del sector público-administrativo, negada por una parte de la doctrina judicial, aceptada por otra. Consecuentemente, derogada la norma especial habilitadora, ¿significa que se prohíben estos despidos de forma radical?

Si así fuese, situaciones como las contempladas en la [STS 1273/2021, de 15 de diciembre](#) (el Ayuntamiento de Jaén despide a 52 personas empleadas en un ente local, tras la decisión del Pleno de suprimir definitivamente el servicio de radiotelevisión municipal, por evidenciarse que resultaba muy gravoso financieramente para las arcas públicas), ya no serían posibles. Sin poder entrar aquí con detenimiento en esta relevante cuestión, desde que se dio a conocer la reforma laboral he defendido, en todos los foros en que he participado, que la derogación solo significa el fin del régimen especial, no de la posibilidad de acudir a los artículos [51](#) y [52 c\)](#) del ET conforme a las normas ordinarias. No sería descabellado entender que, con la derogación, la norma manda un mensaje claro para favorecer la gestión de flexibilidad interna (la vía del [art. 41 ET](#), no la del [art. 47 ET](#), pues la [disp. adic. decimoséptima ET](#) prohíbe a las Administraciones públicas acudir al ERTE) en detrimento de la vía extintiva, salvo que pueda acudir, eventualmente, al [artículo 52 e\) del ET](#) (vía privilegiada extintiva cuando se produce la pérdida de la financiación externa que sostiene una actividad pública). Ahora bien, una lectura de esta guisa hubiera necesitado de una disposición más específica a tales fines, tanto estableciendo ese favor por medidas internas como explicitando que las Administraciones públicas puedan acudir a la vía del [artículo 52 e\) del ET](#), pues en 2012 fueron sacadas de forma expresa de él, por más que esta última opción siga generando dudas interpretativas.

En suma, otra vez, la descuidada técnica legislativa, que deroga una norma, pero no la sustituye por otra que clarifique la solución ante la laguna, o la contradicción, que crea la simple abrogación de un precepto, crea más problemas de los que resuelve. Una vez más habrá que esperar a las decisiones judiciales que, como ocurriera antes de 2012, seguramente serán contradictorias, como lo están siendo ya las interpretaciones dadas por la doctrina científica. Una conflictividad en el ámbito de los despidos económicos en el sector público que, como ya se advirtió, crece en relación con la pretensión ministerial de que los contratos de investigación se reconduzcan por la vía indefinida. Un objetivo que es muy loable, pero que se encuentra con el obstáculo de la incertidumbre creada no solo por la derogación de la [disposición adicional decimosexta del ET](#), sino por las referidas dudas interpretativas en torno a la aplicación en estos casos de la vía –privilegiada, pues establece una presunción *iuris et de iure* de concurrencia de la causa si se constata el presupuesto, la terminación de la financiación externa que sostenía la actividad– del [artículo 52 e\)](#). A mi juicio, el supuesto del fin de la financiación que soporta la investigación encaja perfectamente en la causa, pero las dudas en torno a si pueden las Administraciones públicas incluirse –en una lectura amplia– dentro de las «entidades sin ánimo de lucro» (una vez que, cuando estuvieron incluidas, salieron por decisión legislativa expresa) causan inquietud y zozobra, lo que no animará a acudir a la contratación indefinida que se propone. En consecuencia, el objetivo –loable– se ve contradicho (al menos obstaculizado) por la deficiente técnica jurídica.

13. El impacto en la negociación colectiva: ¿dos reformas más «simbólicas» que hitos de transformación real del sistema de relaciones colectivas de trabajo? Finalmente –dejamos el ámbito de las reformas de seguridad social por el [RDL 32/2021](#), algunas referidas aquí–, otros dos aspectos de los llamados «más lesivos» de la reforma laboral de 2012 estaban destinados a marcar el giro copernicano de la reforma. De un lado, el fin de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, devolviendo la soberanía al sectorial ([art. 84.2 ET](#)). De otro, el retorno a la ultraactividad indefinida ([art. 86 ET](#)).

Una tercera tenía también augurado un futuro de notable cambio, como sería la facultad de descuelgue convencional ex [artículo 82.3 del ET](#) (para una síntesis de sus diferencias y semejanzas con el [art. 41 ET](#), *vid.* [STS 887/2020, de 8 de octubre](#)). ¿Qué ha sucedido realmente? A mi juicio, algo parecido a lo analizado respecto del trabajo externalizado, que ha quedado en bastante menos de lo auspiciado inicialmente. Esta última cuestión ni se ha tocado, por lo que los eventuales desajustes retributivos que pudieran producir las nuevas reglas de favor por el convenio sectorial en materia retributiva ([arts. 84.2 y 42.6 ET](#)) siguen teniendo esta vía de escape, condición *sine qua non* para el compromiso empresarial. Y las otras dos tienen una significación bien diferente a la vendida por el *marketing* político. Así:

- a) La prioridad aplicativa del convenio colectivo empresarial se ha mantenido como estaba, salvo en la –importante, claro– materia de retribución.

El argumentario de defensa oficial de la importancia de esta reforma (saldada con la sola derogación de la letra a) del precedente [art. 84.2 ET](#) –y la inclusión explícita de la corresponsabilidad dentro de la preferencia empresarial, algo tácitamente incluido ya en la anterior redacción–) es que, con ello, se pone fin al modelo competitivo basado en la devaluación salarial, así como en la competencia desleal. ¿Significa que se confía en una «carta blanca» al incremento salarial? Dudoso.

No ha sucedido así hasta ahora. Al revés, el control que tiene el convenio de sector, ahora reforzado, no ha supuesto alzas, sino más bien lo contrario. Saben los economistas que el modelo de mayor moderación salarial es o el centralizado (sectorial estatal) o el descentralizado (empresa). Ahora, solo en la retribución, se quiere ir de este a aquel (ley del péndulo), pero, además de la facultad de descuelgue, recuérdese que, salvo para las empresas multiservicios (que tienen su vía de escape igualmente en el [art. 42.6 ET](#), como se ha visto, pero muchos de cuyos convenios fueron anulados judicialmente, por falta de correspondencia), no se ha producido un *boom* de los convenios de empresa. En todo caso, y para la [previsión de una eventual alza salarial](#) (en un escenario de grave inflación –que se dice coyuntural, pero que ya se prolonga más de 1 año–), como auspician los sindicatos –en conjunción con la reforma del [art. 42.6 ET](#)–, la [disposición transitoria sexta del RDL 32/2006](#) ha previsto una limitación temporal, difiriendo su aplicación al momento en que pierdan su vigencia los que estaban en vigor antes de la reforma, o incluso los que fuesen presentados a registro, aún no publicados, antes de la entrada en vigor de la reforma (30 de diciembre de 2021). No obstante, se fija un plazo máximo de 1 año desde la entrada en vigor de la norma para

tal aplicación, debiéndose adaptar «las modificaciones [...] en el plazo de 6 meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto [...]».

Como vemos, una disposición prolija y alambicada donde las haya para conseguir, una vez más, ese equilibrio transaccional (flexiguridad). Para ello no solo se dilata –otra vez– el efecto inmediato del cambio (aquí puede alcanzar año y medio), sino que incluso se crean ciertas disfuncionalidades aplicativas, porque abre el efecto de la reforma a los diversos juegos de poderes contractuales en el seno de cada sector y de cada empresa.

b) El retorno al modelo generalizado de ultraactividad indefinida del convenio ([art. 86.4 ET](#)).

Si una reforma refleja este contraste entre el –limitado– significado real y su –gran– simbolismo, es la –debida– vuelta a la ultraactividad indefinida. Extrema e innecesariamente amenazadora del más elemental equilibrio regulador laboral (creaba imaginarios de miedo a vacíos de regulación convencional generalizados), quedó –por fortuna para personas trabajadoras y empresas– la práctica que desactivó el modelo de ultraactividad temporal. Primero, por la vía del pacto, dado que tenía (tiene) un carácter dispositivo (un estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos prueba que 64 de cada 100 convenios entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2021 mantuvieron la ultraactividad hasta nuevo convenio). Segundo, por la vía jurisprudencial (una síntesis en la [STS 855/2021, de 7 de septiembre](#)), en la medida en que, si bien con una improvisada y débil fundamentación jurídica, se aseguró que la caducidad del convenio se acompañará de la conservación contractual de condiciones de empleo y de trabajo (aun sujetas a la facultad novatoria del [art. 41 ET](#)).

Si una reforma refleja este contraste entre el –limitado– significado real y su –gran– simbolismo, es la –debida– vuelta a la ultraactividad indefinida

En suma, uno de los aspectos más lesivos formalmente –también más irracionales– de la reforma de 2012 no lo fue realmente (salvo en contadas ocasiones, y respecto de las personas beneficiadas por los convenios sin vínculo contractual actual –por ejemplo, caso de la pérdida de beneficios sociales del personal «pasivo» de Endesa: [STS 761/2021, de 7 de julio](#)–), porque quedó desactivado por las restantes fuentes que integran el sistema regulador de las relaciones de trabajo, junto con la ley. En consecuencia, y al margen del régimen transitorio fijado ([disp. trans. séptima RDL 32/2021](#)), lo cierto es que toda afirmación basada en que este cambio bien merecía esta reforma (mínima y negociada) o desconoce la realidad o solo tiene una mirada ideológica (legítima, pero sesgada). En definitiva, aunque el preámbulo dice haber corregido con sendos cambios «importantes distorsiones desde una perspectiva de equilibrio» en la negociación colectiva, realmente habrá que esperar a la anunciada reforma futura más profunda. Una reforma en el marco del nuevo Acuerdo Interprofesional de Negociación Colectiva cuya negociación se ha iniciado y que «deberá incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos».

14. Valoración de cierre: de la derogación íntegra a la mejora de mínimos de la reforma de 2012 en espera del necesario «Estatuto de las personas trabajadoras del siglo XXI». ¿Otro huevo por el fuero? Muchas cosas han quedado en el tintero en esta primera aproximación por escrito, y desde una pretensión estrictamente jurídica, a la nueva reforma laboral. En este número hallarán análisis más detenidos, ofreciendo una imagen completa, y tiempo habrá de mayores profundidades.

Ahora es momento de cerrar este estudio-editorial. Por lo que solo nos queda realizar una valoración final, global, de cierre. La valoración debe distinguir claramente entre la dimensión procedimental (técnica reguladora) y el contenido de esta reforma. En el primer plano, el indudable valor del acuerdo a tres bandas (Gobierno, sindicatos y patronales), que no se producía desde 1996 (en aquel momento lo fue a dos bandas, entre sindicatos y patronales, al que se sumó el Gobierno), ejemplar en un tiempo en el que apenas se alcanzan acuerdos en este país entre posiciones claramente discrepantes, no puede quedar diluido o enrarecido por el bochornoso espectáculo de la votación en la sede de la soberanía parlamentaria a la hora de su convalidación. Ahora bien, tampoco sería honesto ignorar el veto (empresarial y gubernamental) al debate parlamentario en una cuestión de tanta trascendencia como una reforma laboral, aun en un momento posterior a la decisión gubernativa de urgencia con valor de ley. El gran valor del pacto vincula a quien lo promueve y debe formular el «proyecto de ley», el Gobierno, exigiendo de su grupo parlamentario persuadir al resto de grupos de sus bondades por pactado, pero excluir, apriorísticamente, todo debate al titular del poder legislativo supone una confusión de gran riesgo entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, así como entre el diálogo social y la soberanía parlamentaria, extraña al principio democrático.

En el plano de los contenidos, esta reforma mejora la precedente, al margen de la crítica al procedimiento (fines y medios deben conciliarse, no sacrificarse unos a otros). Estoy convencido de que, como oí a un influyente sindicalista, todas las partes del pacto están «moderadamente insatisfechas». A ningún firmante gusta «en la intimidad». No al Gobierno, menos a la ministra del ramo, porque queda lejos de lo comprometido. No solo no deroga íntegramente la reforma laboral, la convalida, corrigiendo algunos de los aspectos menos asumibles, laboral y económicamente, en un modelo de relaciones de trabajo más equilibrado y que aspira a un paradigma de competitividad no anclado en la devaluación de costes laborales, sino en la promoción de la innovación y el valor añadido, también del «capital humano». Es evidente que, aquí sí, el Gobierno ha optado por el «huevo» (lluvia de millones de euros) en detrimento del «fuero» (pacto de investidura).

Estoy convencido de que, como oí a un influyente sindicalista, todas las partes del pacto están «moderadamente insatisfechas»

Es evidente que, aquí sí, el Gobierno ha optado por el «huevo» (lluvia de millones de euros) en detrimento del «fuero» (pacto de investidura)

Tampoco seduce a los sindicatos. No es una reforma de garantismo fuerte, sino de mínimos y transacciones, en las que las «ganancias» (en derechos y garantías) se intercambian con «concesiones» (por ejemplo, ventanas de temporalidad, reducción de costes de despido –discontinuidad–, mecanismos de flexibilidad, etc.). Es evidente que no gusta a la patronal, que prefiere más flexibilidad, la seguridad para las arcas del Estado.

En este encuentro de voluntades insatisfechas cabe hallar una reforma que, por su dimensión transaccional y de intercambio, permite, sin abrogar la precedente, ir hacia la recuperación de equilibrios. Como, a otros efectos (legitimidad de un despido objetivo en el que, simultáneamente, se contrata a otras personas para centros diversos al afectado), recuerda la [STS 6/2022, de 11 de enero](#), el equilibrio no es una cuestión de desplazar problemas de un lado a otro, sino de dar soluciones reales, prácticas. No será sencillo aplicarla, por la difícil composición de intereses y lo poco cuidado de la técnica jurídica (crea incertidumbres interpretativas de calado –«no es la rosa» esta reforma–). Pero significará mejoras en términos de más estabilidad y flexibilidad interna.

Ni que decir tiene que esas innegables virtudes y mejoras no se acercarán a las «pensadas», al menos a las confesadas, precisamente porque las virtudes de la técnica pactada llevan también su «penitencia», y abren obstáculos y limitaciones. La situación –una vez empecé el artículo con Borges y Juan Ramón Jiménez, me gustaría terminar con otro poema– hace venir a mi mente el poema de Pessoa, que cito con alguna frecuencia, «Tengo tanto sentimiento»:

[...]
 Tenemos, quienes vivimos,
 una vida que es vivida
 y otra vida que es pensada,
 y la única en que existimos
 es la que está dividida
 entre la cierta y la errada.

 Mas a cuál de verdadera
 o errada el nombre conviene
 nadie lo sabrá explicar;
 [...]

Es evidente que el Gobierno fía (oficialmente) en esta reforma, de mínimos, a modo de una «intervención de cirugía de precisión lo menos intrusiva posible» y pactada, toda una transformación del modelo de relaciones de trabajo (de fijeza, aun discontinua, y de favor por la flexibilidad de gestión interna frente al despido) que está muy lejos de ser creíble. Pero una cosa es «lo pensado» (modelo ideal) y otra «lo real».

Primero, porque nunca una ley de reforma tiene virtudes tan transformadoras respecto a prácticas y culturas arraigadas. Prueba de ello es que es un proceso sin fin. Segundo, porque una reforma laboral que, pese a lo que se dice, sigue manteniendo tantas ventanas a la temporalidad, ahora ampliadas con puertas a la discontinuidad, no puede ser tan «revolucionaria» y «salvífica». Como pone de relieve la patronal, esperan que la temporalidad se reduzca en torno al 25-30 %, lo que significa que solo uno de cada tres (en la mejor de las hipótesis) pasará de temporal a indefinido, sin que ello confirme la eliminación de fuentes de precariedad, por cuanto, como la propia ley asume, deberán ser mejoradas las condiciones laborales y de protección social de los nuevos contratos fijos discontinuos. Como tampoco, dicho sea de paso, esta reducción será lo profunda que se debe en el empleo público, pese a la [Ley 20/2021](#), una norma [no solo polémica en su confrontación tanto con la Constitución como con la directiva comunitaria, sino de muy dudosa eficacia](#). Una decisión escrita negro sobre blanco en el papel del BOE está abocada a la frustración si no se acompaña de medidas socioeconómicas realistas. Piénsese, si no, cómo la misma reforma laboral de 2012 convivió con un elevado paro, para luego asistir a un elevado crecimiento del empleo, incluso del contrato indefinido en el último mes (es hilarante pensar que se debe a la nueva reforma, aún no en vigor).

En suma, habrá que seguir esperando a tiempos más propicios para salir de una vez de la «tramposa» lógica de la reforma laboral, de un tipo u otro, para entrar de lleno en un proceso estructural, social y parlamentario al mismo tiempo, que nos permita avistar una verdadera modernización de nuestras relaciones laborales, individuales y de negociación colectiva, haciendo realidad el tantas veces comprometido, tantas como se ha frustrado, «Estatuto de personas trabajadoras del siglo XXI». Si lo que se quería era no ya una derogación, sino una «revisión de los desequilibrios» en el mercado de trabajo, me parece que ni una cosa ni la otra. Habrá que seguir esperando a una reforma a la altura de los tiempos. En tanto, es el momento aplicativo y del baile de interpretaciones. Aquí les he apuntado las mías, en los estudios de este número monográfico dedicado a la reforma laboral –y de seguridad social– hallarán otras (más) fundadas.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2022). Ni «hito transformador» ni «timo del tocomocho»: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 5-36.